die Natur des Geschäfts der Umstand, ob dasselbe vorzugsweise auf den Nutzen des Gebers oder den des Empfängers gerichtet ist; und während im ersten Fall ein Depositum begründet erscheint, muß im letzten das Dasein eines Commodats angenommen werden.

IV.

Ueber die Rechtskraft der Beweis-Interlocute.

Von

Herrn **von Pape**,
Oberappellationsrath zu Zelle.

Um die noch immer streitige Frage zu beantworten, ob und unter welchen Bedingungen Beweis-Interlocute die Rechtskraft beschreiten? scheint es zweckmäßig, mit dem Versuche zu beginnen, die Gesetze zusammenzustellen, welche im Allgemeinen den Unterschied zwischen den Rechtskraft fähigen Erkenntnissen und solchen richterlichen Verfügungen begründen, denen diese Eigenschaft mangelt.

Im römischen Rechte heißt der Urtheilsspruch des Richters, welcher nach versäumter oder erledigter Appellation unabänderlich wird, sententia, im Gegensatze anderer richterlicher Verfügungen.

l. 14. D. de re judicata (42., 1.):

> Quod jussit, vetuit ve Praetor, contrario imperio tollere et repetere licet, de sententiis contra [1]).

Damit der Spruch des Richters den Namen sententia verdiene und die Eigenschaft der Unabänderlichkeit (Rechtskraft) erlange, wird vorausgesetzt, daß er causa cognita,

1) Tit. C. sententiam rescindi non posse (7. 50.).

nachdem beiden streitenden Theilen das rechtliche Gehör verstattet worden, erfolgt sei, und daß er eine bestimmte Entscheidung der den Gegenstand des Prozesses ausmachenden Streitfrage enthalte.

l. 1. D. de re judicata:

Res judicata dicitur, quae finem controversiarum, pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit.

l. 3. C. de sententiis (7. 45.):

Praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae absolutionem vel condemnationem non continet, pro justa non haberi.

Die Hinfügung einer Bedingung, steht der Rechtskraft der Sentenz nicht im Wege, wenn nur deutlich bestimmt ist, welche Wirkung der Eintritt oder das Wegfallen derselben haben solle,

arg. l. 1. §. 5. D. quando appellandum (49. 4.):

Quae ergo, si sententia fuerit sub conditione dicta? utrum ex die sententiae tempus computamus ad appellandum, an vero ex die, quo conditio sententiae exstitit. Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda, sed si fuerit dicta, quid fiet? et est utile statim tempora ad appellandum computare debere.

l. 11. C. de sententiis:

Cum judex in definitiva sententia jusjurandum solum modo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, hujusmodi sententiam nullam vim obtinere, palam est.

Der Ausdruck interlocutio bedeutet jede Verfügung des Richters, mit Ausnahme der bloßen Ladung (edictum) und

der den ganzen Rechtsstreit entscheidenden Definitiv-Sentenz [2]), also:

1) Prozeßleitende Decrete und auf einseitigen Vertrag erlassene Befehle [3]).
2) Entscheidungen über Präjudicialfragen und einzelne Theile des Rechtsstreits [4]).
3) Bestimmungen über den modus exequendi [5]).

Für die ad 2. erwähnten Fälle scheint promiscue auch der Ausdruck sententia gebraucht zu werden [6]).

Im Theodosianischen Codex finden sich mehrere Verordnungen von Constantin und Constantius, in welchen, unter Androhung einer multa, Appellationen a praejudiciis und articulis verboten sind, weil durch solche Berufungen der Rechtsstreit ungebührlich verlängert werde und es den Partheien freistehe, ihre Beschwerden nach Abgabe der Definitiv-Sentenz beim höheren Richter vorzutragen und deren Abhülfe zu erwirken [7]).

Von Valentinian dem älteren ist dies System durch die Beschränkung:

> Salva scilicet juris antiqui moderatione atque sententia, cum vel exceptio opponitur, vel ad agendum locus poscitur vel dilatio instrumentorum causa aut

---

2) Brissonius de verborum significationibus, ad verbum interlocutio.

3) l. 1. §. 2. D. de appellationibus (49. 1.). — l. 2. D. de appellationibus recipiendis (49. 5.). — l. 36. C. de appellationibus (7. 62.). — l. 17. C. quibus causis infamia (2. 12.).

4) l. 9. §. 8. D. quod motus causa (4. 2.). — l. 32 D. de poenis (48. 19.). — l. 1. §. 5. D. ad Senatus Consultum Turpillanum (48. 16.). — l. 37. C. Th. de appellationibus (11. 30.).

5) l. 15. §. 2. D. de re judicata.

6) arg. l. 39. D. de minoribus. — l. 37. C. Th. de appellationibus.

7) l. 2., l. 25. C. Th. de appellationibus. — l. 1., l. 2., l. 3, l. 5., l. 11. eodem, quorum appellationes non recipiuntur (11. 36.).

testium postulatur, atque haec impetientia vel iniquitate judicum, denegantur

durchlöchert [8].

Gratian hat wiederum allgemeinere Appellationen ab articulo für unzulässig erklärt, ausnahmsweise aber die Berufung gestattet, wenn in dem Erkenntnisse eine Einrede verworfen worden. Daß er solche Erkenntnisse der Rechtskraft für fähig gehalten hat, zeigt der für die Ausnahme hinzugefügte Grund:

cum peremtoria prascriptio et definitiva sententia eadem vi, vel consumptae causae vel non admittendae videantur operari [9].

Valentinian der Jüngere hat Sentenzen und praejudicia nur nach der Form der Verkündigung unterschieden und Appellationen auch gegen letztere gestattet [10].

Von Theodosius sind Appellationen ante sententiam, und von Honorius Berufungen ab interlocutoriis unter Androhung von Strafen untersagt [11].

Auch in Justinian's Rechtssammlung ist an mehreren Orten die Unzulässigkeit der Appellationen gegen Interlocute ausgesprochen.

l. 1. §. 2. D. de appellationibus:

Huic consequenter videtur rescriptum a consultatione judicis non esse appellandum, si quis forte interlocutus fuit, Principem se consultaturum: cum possit post Rescriptum provocare.

---

8) l. 18. C. Th. quorum appellationes.

9) l. 37. C. Th. de appellationibus. — l. 23., l. 25. eodem, quorum appellationes.

10) l. 40. et 44. C. Th. de appellationibus.

11) l. 50., l. 65. eodem.

l. 16. C. de judiciis (3. 1.):

Cum post litem contestatam neque appellari posse ante definitivam sententiam, jam statuerimus, neque recusari posse, ne lites in infinitum extendantur.

l. 16. C. de sententiis:

Cum solitum est in sententiis judicum sic interlocutionem proferri, ut non liceat partibus ante definitivam sententiam ad appellationis, vel recusationis venire auxilium: quidam putabant, non licere ante litem contestatam, nec judicem recusare, quemadmodum nec ab eo appellare. Cum enim simul utrumque vocabulum ponitur, tam appellationis, quam recusationis, provocatio autem ante litem contestatam non potest porrigi, putabant, quod nec recusare quidem judicem cuiquam concedatur ante litem contestatam quod minime vetitum est.

l. 36. C. de appellationibus:

Oportet post omnem litem finitam tunc appellationem reddi, neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quae illi denegat jus competens, id est, vel testium productionem, aut relectionem instrumenti: potest enim in appellatione omnia denudare seu exercere, ne contra medii temporis interlocutionem, data appellatione, mora injiciatur dilationibus, saepius in eadem causa data appellatione et examinata, iterum alio capitulo ventilato, et iterum contra ipsum porrecta appellatione.

l. 7. C. quorum appellationes (7. 65.):

Ante sententiae tempus, et ordinem eventus, nec a Discussore nec a Rationali appellari liceat.

und endlich

l. 9. C. de sententiis:

Nam nec de possessione pronunciata proprietati ullum

praejudicium afferunt, nec causam ullam interlocutiones plerumque perimunt.

Indessen gibt das Wort „plerumque" in dem letzten Gesetze deutlich zu erkennen, daß ausnahmsweise Interlocute allerdings causam perimunt, also rechtskräftig werden [12]).

Es kommt also darauf an, diese Ausnahme festzustellen.

Die auffallende Erscheinung, daß Justinian die Gesetze des Theodosianischen Codex, welche Appellationen a praejudiciis und articulis verbieten, entweder in seine Rechtssammlung nicht aufgenommen, oder das Verbot aus ihnen gestrichen hat [13]), dient uns zum Leitfaden.

Besonders verdienen l. 23. und l. 25. C. Th. quorum appellationes non recipiuntur mit l. 5. C. Inst. eodem verglichen zu werden.

Gratian hat in dem ersten dieser Gesetze verordnet:

Exceptio praescriptionibus peremtoriis, si quis ab articulo appellare temptaverit, non audiatur, sed neglecta appellatione, judex, discussis omnibus tendat ad finem, reservata post ultimum facultate partibus appellandi, si displicuerit definitiva sententia. Neque tamen sit judici potestas irrogandae poenae, satis enim poenae videtur, non audiri ab articulo provocantem.

In dem zweiten Gesetze hat er hinzugefügt:

Ab executione appellari non posse, satis et jure et constitutionibus cautum est, ita ut appellantem etiam nostris sanctionibus statuta multa compescat, nisi forte executor sententiae modum judicationis excedat: Sciant

---

12) Cujacius in den paratitulis ad lib. 7. C. tit. 45.

13) Confer. l. 2., l. 25. C. Th. de appellationibus, und l. 12., l. 21. C. Inst. eodem titulo. — l. 5. C. Th. quorum appellationes non recipiuntur, und l. 20. C. Inst. de appellationibus. — l. 25. C. Th. quorum appellationes non recipiuntur, und l. 5. C. Inst. eodem.

autem se provocatores, vel ab executione appellantes vel ab articulo (ex his dumtaxat causis, ex quibus recipi jussimus provocationem) si eos perperam intentionem cognitoris suspendisse claruerit, quinquaginta librarum argenti animadversione multandos.

Justinian hat in der citirten l. 5. C. nur das letzte der beiden Gesetze aufgenommen und aus demselben die Worte: „in his duntaxat causis, ex quibus recipi jussimus appellationem“ gestrichen. Unmöglich läßt sich mit J. H. Böhmer (jus eccles. Prost. lib. II. tit 27. §. 6. annehmen, daß die Streichung die Entfernung der Ausnahmen, in welchen Gratian die Appellation ab articulo gestattet hat, bezweckt habe. Der Zusammenhang ergiebt vielmehr das Gegentheil. Während Gratian den Mißbrauch der Appellation ab articulo nur in den Fällen, in welchen sie ausnahmsweise zulässig war, durch Strafandrohung zu verhüten versucht hat, hat Justinian diese Drohung auf alle Appellationen ab articulo bezogen, folglich die Ausnahmen zur Regel gemacht, denn Maaßregeln gegen den Mißbrauch setzen die Zulässigkeit des Gebrauchs voraus.

J. Godofred, welcher das Gesetz in diesem Sinne richtig auffaßt, meint, daß es mit dem neueren Rechte im Widerspruche stehe, und die den gestrichenen Worten vorangehenden Worte: ab articulo, nur aus Versehen von den Compilatoren nicht mit ausgestrichen seien [14]).

Dieser unerwiesenen und wenig wahrscheinlichen Hypothese würden wir selbst dann nicht Raum geben dürfen, wenn der Widerspruch unauflöslich wäre. Ein solcher Widerspruch findet sich aber auch keineswegs. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß statt der Worte: praejudicium und articulus auch der Ausdruck interlocutio vorkömmt [15]); daraus

---

14) s. dessen Commentar zum codex Theodosianum ad hanc constitutionem Nota h.

15) l. 3. C. Th. quorum appellationes.

folgt aber nicht, daß beide gleichbedeutend sind, sie verhalten sich vielmehr wie species zum genus. Das Wort „interlocutio“ begreift jeden Bescheid, der zwischen der Ladung und der den ganzen Rechtsstreit beendigenden Definitiv-Sentenz in der Mitte liegt, während praejudicium die Entscheidung über eine die Existenz eines facti oder eines Rechtsverhältnisses betreffende Vorfrage bedeutet [16]), und articulus, wie l. 3. C. Th. ergiebt, im gleichen Sinne, oder um überhaupt einen Theil des Rechtsstreits zu bezeichnen gebraucht wird.

L. 39. D. de minoribus beweiset, daß die Entscheidung über eine factische Präjudicialfrage die Rechtskraft beschreiten kann; denn der Ausspruch, daß ein Minderjähriger sein minderjähriges Alter bewiesen habe, ist, unerachtet die rechtliche Folge nicht zugleich festgesetzt war, sententia genannt und die Appellation wider denselben ist zugelassen.

Ebenso verhält es sich nach l. 15. C. de sententiis et interlocutionibus und l. 11. C. ne liceat in eadum causa, mit den vor Beendigung des ganzen Rechtsstreits abgegebenen Entscheidungen über einzelne Klagepunkte.

Die Anwendung dieses Princips auf einzelne Einreden folgt aus dem Satze, daß sie als Gegenklage zu betrachten sind [17]), und läßt sich um so weniger bezweifeln, weil das Erkenntniß über dieselben schon nach altem Rechte, wie oben gezeigt, rechtskräftig wurde. Eine nicht undeutliche Bestätigung enthalten auch l. 7. §. 1. D. de compensationibus und l. 8. §. 2. de negotiis gestis.

Wir müssen also den allgemeinen Satz anerkennen, daß Interlocute, insofern sie eine bestimmte Entscheidung über einen Theil des Rechtsstreits enthalten, (articuli und praejudicia) der Rechtskraft fähig sind.

---

16) Tit. D. de exceptionibus, paraescriptionibus et praejudiciis. — Brissonius a. a. verbum praejudicium. — Schweppe, Rechtsgeschichte §. 556. — du Roi im Archive für civilistische Praxis Bd. 6. pag. 406.

17) l. 19. D. de probationibus. — l. 1. D. de exceptionibus.

Die oben schon mitgetheilte l. 36. C. de appellationibus steht dieser Ansicht, wie deren Wiederhersteller Cujacius in lib. 12. cap. III. seiner Observationen zu meinen scheint, keinesweges entgegen, denn sie verbietet die Appellation nur gegen die die Instruction des Processes betreffenden Verfügungen des Richters, si denegat, wie es wörtlich heißt, jus competens, id est vel testium productionem vel relictionem instrumenti.

Es darf nicht eingewandt werden, daß die Verwerfung eines Zeugen oder einer Urkunde ebensogut eine Entscheidung enthalte, wie die Zurückweisung eines Klagepunctes oder einer Einrede, denn es ist ein großer Unterschied, ob die Entscheidung einen Theil des Rechtsstreits selbst oder nur eine vorbereitende processualische Handlung betrifft. Den Römern mußte dieser Unterschied um so mehr einleuchten, weil die Verhandlungsmaxime sich bei ihnen nicht in der Maaße wie bei uns ausgebildet hatte, sondern die Aufklärung des facti zum officio judicis gehörte [18]), und also über processualische Fragen ein eigentlicher Incidentstreit nicht entstehen konnte.

Eine besondere Erwägung verdienen l. 2. D. de appellationibus recipiendis und l. 2. C. si pendente appellatione.

In der Pandectenstelle heißt es:

> Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam judex interlocutus sit, vel in criminali, si contra leges hoc faciat.

Das Rescript des Codex lautet:

> Ejus, qui requirendus adnotatus appellavit et ante actam causam mortuus est, bona ad successorem pertinere, parentibus meis placuit.

Die Verfügungen, gegen welche hier die Appellation gestattet ist, werden weder sententia genannt, noch haben sie die oben beschriebenen Merkmale einer solchen. Die Appella-

---

18) l. 9. l. 13. C. de judicio l. 1. C. Th. eodem.

tion gegen dieselben darf daher auch nicht als Mittel, um ihre Rechtskraft zu suspendiren, betrachtet werden, sondern ihre Zulässigkeit erklärt sich aus dem einfachen Grunde, weil im Falle der Vollstreckung der Schaden, Schmerz und Schimpf durch eine verspätete Appellation gegen das zu erwartende definitive Erkenntniß über den Hauptgegenstand des Streits nicht ungeschehen gemacht werden kann.

Wir gelangen also zu dem Resultate:

1) Daß Interlocute, worin eine bestimmte Entscheidung über einen Theil des Rechtsstreits, sei es über eine Präjudicialfrage, oder über einzelne Klagepunkte, oder über einzelne Einreden enthalten ist, der Rechtskraft fähig sind und mit der Appellation angefochten werden können.

2) Daß alle übrigen Interlocute, namentlich auch diejenigen, welche processualische Fragen entscheiden, die Rechtskraft niemals beschreiten und daß Appellationen gegen dieselben nur ausnahmsweise in dem Falle gestattet sind, wenn deren Befolgung den Parteien einen Nachtheil zufügt, dessen Beseitigung beim Ende des Rechtsstreits factisch unmöglich ist.

Das canonische Recht erlaubt Appellationen gegen jedes Interlocut [19]), gestattet aber daneben dem Unterrichter dessen Abänderung nach bereits eingelegter Berufung [20]), und verlangt daher vom Appellanten, daß er schon bei der Interposition die Ursache seiner Beschwerde anzeige [21]).

Dem Oberrichter verbietet es, bei Appellationen gegen Interlocute nova zuzulassen und inhibitoriales zu erkennen [22]).

---

19) Cap. 12. X. de appellationibus (2. 28.) cap. 1. in 6. eodem (2. 15.)

20) Cap. 60. X. de appellationibus. — Cap. 10. in 6. eodem. — Gonzala Tellez ad cap. 12. X. de appellationibus No. 9. in fine. — J. H. Boehmer jus eccles. Prost. lib. II. tit. 17. §. 4., 9., 10.

21) Cap. 59 und 61. X. de appellationibus. — Gonzala Tellez ad cap. 59. cit nr. 18.

22) Clement 5. de appellationibus. — C. 3. quod si objiciatur in 6. eodem.

Die Reichsgesetze unterscheiden Interlocute, welche die Kraft eines Endurtheils haben und gemeine Interlocute. Gegen erstere ist die Appellation in demselben Umfange, wie gegen Enderkenntnisse, gegen letztere aber nur in dem Falle zugelassen, wenn die Beschwerde durch die Appellation vom Endurtheile nicht gehoben werden kann und durch die Bestimmungen beschränkt,

1) daß der Appellant die Gründe seiner Beschwerde dem Unterrichter anzeigen solle, und

2) nova überall nicht zugelassen und inhibitoriales in der Regel nicht erkannt werden dürfen [23]).

Aus der Fassung dieser Gesetze, welche die Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten der Interlocute als bekannt voraussetzen, aus der mehrmaligen Berufung auf die Kaiserlichen Rechte und aus den in der Kammer-Gerichts-Ordnung von 1507 sich häufig findenden Citaten aus dem römischen und canonischen Rechte und den Glossatoren und deren Nachfolgern, gehet deutlich hervor, daß durch dieselben nichts Neues hat eingeführt, sondern nur das bestehende Recht hat bestätigt werden sollen.

Die Vorschrift über die Form der Einlegung der Appellation gegen simple Interlocute, und das Verbot der Novorum und der Inhibitorialien sind augenscheinlich aus dem canonischen Rechte entlehnt, wogegen die dieser Quelle völlig fremde Distinction zwischen Interlocuten mit der Kraft der Endurtheile und simplen Interlocuten, so wie zwischen appellabelen und nicht appellabelen Interlocuten dem römischen Rechte und der damals herrschenden Doctrin angehört. Es ist daher von Interesse letztere kennen zu lernen.

---

23) Kammer-Gerichts-Ordnung von 1495. §. 24., von 1507. Tit. II. §. 7 und 8., — Not-Ordnung von 1512. Tit. IV. §. 1. — Kammer-Gerichts-Ordnung von 1523. Tit. IV. §. 4. Tit. V. §. 2., von 1555. Theil 2. Tit. XXVIII. §. 6., Tit. XXIX. §. 3 und 4., Theil 3. Tit. XXXI. §. 10 und 11. Tit. XXXIII. §. 5. — Reichs-Abschied von 1594. §. 93 und 94. — Jüngster Reichs-Abschied §. 58.

Aus der Glosse des Accursius sehen wir, daß schon seine Vorgänger häufig über die Zulässigkeit der Appellationen gegen Interlocute und über die Frage: ob Entscheidungen über puncta emergentia und incidentia die Rechtskraft beschreiten? controvertirt haben. Er selbst trägt ad legem 7. C. quorum appellat. folgende Theorie vor:

> Tu dicas, cum quaeritur, an ab interlocutoria possit appellari, distinguendum inter jus canonicum et civile. Nam jure canonico, ab omni gravamine licet appellare quandocunque. De jure civili sic distinguas: quia aut interlocutoria profectur post definitivam sententiam et potest appellari, ut notari supra eodem, lex ab axecutione (l. 5. C. eodem) Aut profertur ante, et tunc aut nulla definitiva speratur, et potest appellari ut lex ait praetor paragrapho permittitur. (l. 7. §. 2. verb. permittitur) D. de minoribus. Aut speratur alia definitiva, et tunc aut gravamen illatum ab interlocutoria non potest reparari per appellationem a definitiva et potest appellari, ut lex 2. D. de appell. recip. et l. 9. D. qui satisdare cog. Aut potest reparari, et tunc aut est talis interlocutoria, quae perimit totum negotium, et potest appellari, ut lex, intra utile (l. 39.) D. de minoribus, aut totum negotium non perimit, et non potest appellari.

Bartelus lehrt in seinen Commentaren ad legem, quod jussit (l. 14. D. de re judicata) und ad legem post sententiam (l. 9. C. de sententiis).

Die durch ein Interlocut beschwerte Partei könne dessen Wiederaufhebung nur intra decendium verlangen, rücksichtlich des Richters aber gehe solches nicht in Rechtskraft über, und stehe diesem daher jeder Zeit die Befugniß zu, dasselbe abzuändern, selbst wenn er über ein punctum emergens oder incidens, z. B. über die Zulässigkeit eines Zeugen, entschieden habe. Diese Regel leide nur dann eine

Ausnahme, wenn derselbe durch das Interlocut aufgehört habe, Richter zu sein und ein definitives Urtheil nicht mehr zu erwarten stehe. Hierher seien namentlich die Fälle zu rechnen, wenn der Richter sich für incompetent erkläret, oder den Proceß abgeschlagen, oder etwas zu geben oder zu leisten befohlen habe.

Ad legem, ante sententiam (L. 2.) de appell. recipiendis, beschränkt er die Regel, daß von einem Interlocute nicht appellirt werden dürfe mit den Worten: ab interlocutoria quae infert gravamen, quod non potest reparari per appellationem a definitiva, appellatur. Diese Ausnahme, fügt er hinzu, trete namentlich dann ein, si non speratur alia definitiva (bei Proceßabschlagenden Decreten) oder ubicunque persona gravatur ad aliquod pactum cohaerens personae, z. B. wenn die Tortur oder Real-Citation erkannt werde.

In summario ad legem intra utile L. 39. D. de minoribus stellt er die Regel auf: ab interlocutoria, quae quasi totam causam dirimit et in aliis praejudicium parat, potest appellari, bemerkt aber dabei, daß er bei dieser Umschreibung des Gesetzes nur der gemeinen Meinung gefolgt sei, und daß seiner Ansicht nach dasselbe nur eine specielle Ausnahme von der Regel, daß gegen Interlocute nicht appellirt werden dürfe, enthalte, welche sich daher erkläre, weil die Entscheidung über das Alter nicht nur für den obschwebenden Proceß, sondern auch für alle künftige Fälle bindend, und also einer Definitiven gleich zu achten sey.

Zasius in seinem Comentare ad legem, quod jussit (lex 14.) D. de re judicata tadelt die Meinung von Azo und Hugolinus, welche controvertirt haben, ob Entscheidungen über puncta incidentia et emergentia widerruflich seien, oder nicht, und fügt hinzu, dimissis his opinionibus tanquam communiter reprobatis, vera et pulchra doctrina est sub hac conclusione: omnis interlocutoria, per quam jurisdictio a judice non ablegatur, et

quae vim definitivae non habet, regulariter revocari potest. Interlocutoria autem dicitur habere vim definitivae, quando in illa non definitur, totaliter causa principalis, sed per indirectum tangitur articulus, qui ad definitivam pertinet, sicut si pronuntiatur aliquis esse minor natu, et ei competere restitutionem in integrum; L. intra utile D. de minoribus. Item si judex pronuntiaverit obstare pactum de non petendo, vel si pronuntiatur appellationem esse desertam, vel cum pronuntiat judex, te nihil probasse, vel si dicat testes actoris esse meliores, et multi similes casus introduci possunt.

Andreas Gail in observ. lib. 1. observat. 130. zählt vier Fälle auf, in denen ein Interlocut die Kraft einer Definitive erlange:

1) quando per illam non definitur integra causa principalis, sed per indirectum tangitur, et definitur articulus, qui ad definitivam spectat;

2) quando per illam exspirat judicis officium;

3) si post interlocutoriam non speratur alia sententia, ut in absolutione ab observatione judicii;

4) quando interlocutoria continet aliquid dari aut fieri.

Diese Beispiele mögen genügen. Sie beweisen, daß die Rechtslehrer, ungeachtet der Verschiedenheit ihrer Meinung im Einzelnen, doch sämmtlich ihre Theorie aus dem römischen Rechte geschöpft haben. Der Begriff der Interlocute mit der Kraft eines Endurtheils ist hauptsächlich aus l. 39. D. de minoribus und die Lehre von dem einfachen appellablen Interlocute aus l. 2. D. de appellationibus entlehnt. Wenn erstere also die einen Theil des Rechtsstreits entscheidenden, und letztere die zwar nicht entscheidenden aber dennoch einen unersetzlichen Nachtheil drohenden Interlocute begreifen, so müssen wir auch consequenter Weise annehmen, daß die Reichsgesetze die Theorie des römischen Rechts über die Rechtskraft der Interlocute adoptirt haben; denn daß sie nicht die oft widerstreitenden Meinungen der

Rechtslehrer, sondern die gesetzliche Quelle, aus welcher sie geschöpft haben, haben bestätigen wollen, kann nicht wohl bezweifelt werden.

Zwar pflegen neuere Rechtslehrer jeden Bescheid, welcher durch eine Appellation nach dem Ablaufe der Fatalien nicht angefochten werden kann, rechtskräftig zu nennen, allein dieser Sprachgebrauch ist verwerflich, weil er zur Verwechselung verschiedener Begriffe führt. Wenn sich frägt, ob der Gegner durch ein Interlocut ein jus quaesitum erlangt, ob der Unterrichter gezwungen werden kann, es, wenn es den Rechten nicht entspricht, in Vollzug zu setzen, und ob der Oberrichter sich dessen Bestimmungen bei der Entscheidung über die Appellation gegen das Enderkenntniß zur unabweislichen Norm dienen lassen müsse?, so kömmt es auf dessen innere Qualität und nicht auf das äußere Merkmal der Appellabilität an, denn daß die nicht entscheidende Interlocute, gegen welche ausnahmsweise die Appellation gestattet ist, jenen Character der Unabänderlichkeit nicht erlangen, ergiebt sich

1) aus den Vorschriften des römischen Rechts über die Erfordernisse der res judicata,

2) aus der Bestimmung des canonischen Rechts, welches dem Unterrichter die Wiederaufhebung des Interlocuts ex officio, selbst nach eingelegter Appellation gestattet und

3) aus den Reichsgesetzen selbst, weil sie solche Interlocute denen, die die Kraft eines Endurtheils haben, entgegenstellen und die Vorschrift des canonischen Rechts wiederholen, daß bei der Interposition der Appellation gegen erstere der Grund der Beschwerde angezeigt werden solle, eine Vorschrift, die ganz ihre Bedeutung verlieren würde, wenn dem Unterrichter die Befugniß, das Interlocut zu ändern, entzogen wäre.

Auch leuchtet es ein, daß sich die appellablen Interlocute, welche nicht vim definitivae haben, von anderen einfachen nicht durch ihre juristischen Eigenschaften, sondern

nur durch die factische Unmöglichkeit unterscheiden, den angerichteten Schaden wieder aufzuheben.

Die Schmerzen, welche der Gefolterte hat erdulden müssen, werden nicht vergütet, wenn auch der Oberrichter bei Abgabe der Definitiv-Sentenz erkennt, daß die Tortur mit Unrecht angewandt und das durch dieselbe erpresste Geständniß wirkungslos sei, und eben wenig vermag derselbe, den Zeugen, welchen der Unterrichter unbedachtsamer Weise verworfen hat und der über die lange Dauer des Processes dahin gestorben ist, von den Todten aufzuwecken.

Man wird nicht einwenden dürfen, daß diese Ansicht mit der Vorschrift der Gesetze, welche die Appellationen gegen alle Arten der Interlocute an die Beobachtung der Fatalien bindet [24]), im Wiederspruche stehe, denn dem Beschwerten ist, wenn die Befugniß zu appelliren aufhört, nur ein Mittel das Interlocut anzufechten entzogen, keineswegs aber folgt daraus, daß dasselbe nun völlig unabänderlich geworden sei, und nicht entweder zufolge einer besseren und wiederholten Ausführung beim Unterrichter oder ex officio, wenn im Verlaufe des Processes sich Veranlassung findet, dessen Rechtsbeständigkeit zu erwägen, wieder aufgehoben werden könne [25]).

Durch das aus den Quellen gewonnene Resultat, daß keine Proceßleitende oder bestimmende Decrete, sondern nur die den Rechtsstreit ganz oder zum Theil entscheidende Erkenntnisse der Rechtskraft fähig sind, ist die den eigentlichen Gegenstand dieser Abhandlung ausmachende Frage: ob und unter welchen Bedingungen Beweis-Interlocute die Rechtskraft beschreiten? nicht entschieden.

Diejenigen Rechtslehrer, welche Rechtskraft derselben annehmen, stützen ihre Meinung hauptsächlich auf folgende Argumente:

---

24) Cap. 1. in 6. de appellationibus. — Cammer-Gerichts-Ordnung von 1555. Theil 2. tit. 30.

25) J. H. Böhmer loc. cit. lib. II. Tit. XXVIII. §. 6.

1) wenn die Partheien ein solches Erkenntniß unangefochten gelassen hätten, müsse angenommen werden, daß sie stillschweigend übereingekommen seien, den Sieg oder den Verlust des Processes von der Erbringung oder dem Mißlingen des auferlegten Beweises abhängig zu machen, und der Richter müsse diese Uebereinkunft respectiren, weil jene volle Dispositions-Befugnisse über ihre Rechtsverhältnisse hätten;

2) allgemein sei anerkannt, daß gegen Beweis-Interlocute appellirt werden dürfe, und hieraus folge von selbst, daß sie die Rechtskraft zu beschreiten fähig seien.

3) den Bestimmungen des römischen Rechts, welches keine Rechtskraft der Interlocute kenne, und keine Appellationen wieder dieselben zulasse, sei durch die Reichsgesetze und die Praxis derogirt [26].

Was den ersten Grund anbetrifft, so mögte sich zuvörderst fragen, ob der Richter überall verpflichtet und berechtigt sei, auf die übereinstimmenden Meinung der Partheien, daß die Entscheidung des Rechtsstreites von einer gewissen Thatsache abhänge, Rücksicht zu nehmen, denn wenn gleich nach der Verhandlungsmaxime seine Thätigkeit in so weit beschränkt ist, daß er keine facta suppeditiren und nicht ultra petita erkennen darf, so ist ihm doch in der rechtlichen Beurtheilung völlige Freiheit gelassen. Wenn z. B. der Kläger seinen Anspruch durch solche Schlüsse und unrichtige Rechtstheorien zu begründen gesucht und der Beklagte sich in der Theorie mit ihm einverstanden erklärt hat, und sich nur um deswillen seinem Ansinnen nicht fügen will, weil er die angeführten Thatsachen in Abrede nimmt, so wird niemand zweifeln, daß der Richter die angestellte Klage sofort, ohne auf Beweis zu interloquiren, verwerfen dürfe und müsse.

---

26) Hagemann in den practischen Erörterungen Theil 6. Erört. 37. — Reichard Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Processes Theil 1. §. 155. — Götz im Archive Theil VI. n. 7. pag. 165.

l. 14. 14. §. 1. D. de interrogationibus (11. 1.)

In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest.

Durch ein Beweis-Interlocut wird, wenn es an und für sich, abgesehen von der Uebereinkunft der Partheien, der Rechtskraft nicht fähig ist, in den Verhältnissen nichts geändert.

Freilich ist den streitenden Theilen die Befugniß nicht abzusprechen, ihre Rechte von jedem beliebigen facto, also auch von dem zum Beweise verstellten, vertragsweise abhängig zu machen, allein sie können von dem Richter nicht verlangen, daß er das von ihnen willkührlich Bestimmte durch ein Urtheil als das Resultat der Gesetze anerkenne, es kann also ein solches während des schon anhängigen Rechtsstreites geschlossenes pactum auf dessen Entscheidung keinen Einfluß haben, sondern nur eine neue Klage begründen.

arg. c. 3. in 6. de sententia et re judicata (2. 14.)

Quia cum quis egit in aliqua certa et speciali causa et postea, sive alia, sive similis ei, quam exposuit, accidit, videri non potest illa in judicio devenisse, cum judex perspicere ac attendere debeat diligenter, an ex ea omnino eadem, quae prius expressa exstitit, utpote quae tunc etiam competeret, actoris intentio sit fundata.

Gesetzt aber auch, dies Bedenken könnte beseitigt werden, so bleibt es doch immer eine quaestio facti, ob die Partheien wirklich einen solchen Vertrag eingegangen sind?

Aus der Nichtbeobachtung der Appellations-Fatalien läßt sich dessen Abschließung nicht deduciren, weil man sonst mittelst einer petitio principii voraussetzen würde, daß das Interlocut, dessen Rechtskraft erwiesen werden soll,

nur in Folge eines Rechtsmittels wiederaufgehoben werden könne, also der Rechtskraft fähig sei.

Mit größerem Anscheine wird freilich aus der wirklichen, ohne Protestation geschehenen Antretung des Beweises gefolgert, daß die Partheien von dem Resultate des Beweis-Verfahrens ihre Rechte abhängig machen wollen, allein dagegen kömmt wieder in Betracht, daß diese Vereinbarung, wenn das Interlocut irrelevant ist, einen Verzicht auf ihr ursprünglich wohlbegründetes Recht, eine den Gesetzen gemäße Entscheidung zu verlangen, involviren würde; daß Verzichte streng interpretirt werden müssen, und beim Mangel einer ausdrücklichen Erklärung aus Handlungen nur dann hergeleitet werden dürfen, wenn diese sich auf keine andere Weise deuten lassen.

Nun aber läßt es sich sehr wohl denken, daß eine Parthei, einen ihr auferlegten unerheblichen Beweis nur in der Absicht antritt, um durch dessen Erbringung eine kostbare und zeitraubende Appellation zu vermeiden, ohne sich dadurch auf den unverhofften Fall des Mißlingens des Beweises für sachfällig anerkennen zu wollen. Letzeres würde nur dann angenommen werden können, wenn sie gewußt hätte, daß aus dem Mißlingen des Beweises nothwendig der Verlust des Processes folge, diese Wissenschaft aber würde wiederum voraussetzen, daß die Gesetze wirklich ein solches Präjudiz androhen, und folglich kann die Rechtskraft der Beweis-Interlocute auf einem Verzichte der Partheien nicht demonstrirt werden, sondern umgekehrt dieser nur aus jener.

In der That geräth man auch zu den sonderbarsten Consequenzen, wenn man die Rechtskraft der Interlocute aus einer Uebereinkunft der Partheien herleitet, denn wie soll es werden, wenn dieselben den Beweis unter der Protestation ihre Rechte von demselben nicht abhängig machen zu wollen, antreten? Oder, gesetzt den Fall, sie appelliren gegen das Interlocut, verfolgen die Berufung bis in höchste Instanz und werden abschläglich beschieden.

Gewiß ist es, daß ein an sich der Rechtskraft nicht fähiger Bescheid durch eine Bestätigung in der höchsten Instanz seine Natur nicht verändert und jene Eigenschaft nicht erlangen kann. Eben wenig läßt sich im gedachten Falle behaupten, daß der Richter durch eine Uebereinkunft der Partheien gezwungen sei, sich bei Abgabe der Definitiv-Sentenz unbekümmert um das materielle Recht streng an das Interlocut zu binden, denn sie haben klar genug zu erkennen gegeben, daß sie das Gegentheil wünschen. Man würde also zu dem gewiß widersinnigen Resultate gelangen, daß die Bestätigung des Interlocuts durch den höchsten Richter der Rechtskraft desselben im Wege stehe. Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, daß der Verzicht der Partheien nach erfolgter Bestätigung des Interlocuts in der letzten Instanz fingirt werden müsse, denn um die Annahme einer solchen Fiction zu rechtfertigen, muß die zu erweisende Rechtskraft schon als erwiesen vorausgesetzt werden.

Das aus der Zulässigkeit von Appellationen gegen Beweisinterlocute für deren Rechtskraft entlehnte Argument ist zwar sehr scheinbar, allein zuvörderst möchte dagegen einzuwenden sein, daß die Prämisse annoch eines Beweises bedürfe. Nimmt man nämlich nicht schon in Voraus als gewiß an, daß solche Interlocute die Rechtskraft beschreiten können, so scheint es fast, daß sie zur Classe derjenigen gerechnet werden müssen, deren Beschwerung durch die Appellation bestimmt, wie die Reichgesetze sich ausdrücken, durch die Appellation von dem Endurtheile möchte erstattet und her wieder gebracht werden, und daß also die Zulassung der Appellation auf einem Mißbrauche der Praxis beruhe. Indessen läßt sich nicht verkennen, daß wenn durch das Interlocut ein relevanter Beweis abgeschnitten wird, der Verlust der Beweismittel zu befürchten ist, und daß wenn ein irrelevanter Beweis auferlegt wird, wenigstens verdrießliche Weiterungen und eine unnöthige Verzögerung des Processes entstehen, und diesen Uebeln durch die Appellation von dem Endurtheile nicht abgeholfen werden kann.

Auf ähnliche Weise ist es fast bei jedem Interlocute möglich, die Zulässigkeit der Appellation zu demonstriren und daher mag es kommen, daß die Distinction der Reichsgesetze, so gut sie sich auch theoretisch ausnimmt, doch nicht hingereicht hat, um mißbräuchliche Appellationen gegen Interlocute zu hindern, und aus der Praxis fast ganz verschwunden ist.

Räumt man nun aber auch ein, daß Appellationen gegen Beweis-Interlocute zugelassen werden müssen, so ist damit noch nichts erwiesen, denn nach unseren Gesetzen findet das Rechtsmittel der Berufung auch gegen simple Interlocute statt, und daß diese demunerachtet die Rechtskraft nicht beschreiten, ist schon oben auszuführen versucht. So z. B. ist gewiß nicht zu bezweifeln, daß ein Bescheid, worin der Richter die angestellte Klage ohne sie vorher dem Beklagten mitzutheilen und dessen Vertheidigung entgegen zu nehmen, verwirft, niemals rechtskräftig wird, und doch wird niemand läugnen, daß gegen einen solchen Bescheid appellirt werden dürfe.

Die Berufung auf die Reichsgesetze und die Praxis ist von geringer Bedeutung, denn aus jenen läßt sich nur ersehen, daß es Interlocute mit der Kraft der Endurtheile giebt, nicht aber ob die Beweisbestimmenden Erkenntnisse zu denselben zu rechnen sind und die Praxis ist, wie sich bei der Unbestimmtheit der Theorie nicht anders erwarten ließ, von jeher schwankend und unsicher gewesen. Gerade die praktischen Schriftsteller haben über die aufgeworfene Frage am meisten controvertirt [27]).

Die Meinung derjenigen, welche die Rechtskraft der Beweis-Interlocute nicht anerkennen, gründet sich vorzüglich auf das cap. 12. in 6. de appellationibus und den jüngsten Reichsabschied §. 50.

---

27) Pufendorf obs. Tom. II. obs. 109. — Struben rechtliche Bedenken Theil 4. Bedenken 73. — Hommel rhaps. obs. III. — Merius Dec. II. dec. 301. — Canngießer dec. Hasso Cass. I. dec. 85. — Hagemann loc. cit.

Die Stelle des canonischen Rechts lautet:

Licet ab interlocutoria, per quam pacti vel praescriptionis, aut alia principali negotio praejudicans, vel judicium nullum reddens exceptio est repulsa, non fuerit appellatum, si tamen a definitiva, quae post modum etiam ultra decendium promulgatur, appellari contingat, potest in appellationis causa ipsum gravamen per interlocutoriam in eandem illatum licite per appellationis judicem emendari.

Ubi vero interlocutoria super eo profertur, quod non parat praejudicium negotio principali, vel judicium nullum reddit, nisi fuerit appellatum ab ipsa per appellationem a definitiva postea interjectam gravamen illatum nequaquam poterit revocari.

Zunächst redet das Gesetz freilich nur von Erkenntnissen, wodurch Einreden, welche auf die Hauptsache Bezug haben, verworfen werden, allein die analoge Anwendung desselben auf Beweis-Interlocute ist sehr natürlich, weil diese eben wie jene für die Entscheidung des Rechtsstreits präjudiciell zu sein scheinen.

Gensler's [28]) Meinung, das Gesetz wolle nur andeuten, daß eine Einrede, welche als proceßhindernde verworfen worden, dennoch als eine peremtorische bei Abgabe der Definitiva in Betracht kommen könne, ist zu künstlich und zu wenig durch die Worte desselben unterstützt, um zu überzeugen.

Eher möchte sich behaupten lassen, daß nur von wichtigen Erkenntnissen über Exceptionen die Rede sei, denn das Wort vel, welches die Worte praejudicans und nullum verbindet, bedeutet wenigstens bei den classischen römischen Juristen nicht immer einen Unterschied sondern wird häufig nur als ein Bindungswort, welches mit und übersetzt werden kann, gebraucht. Zweifelhaft ist es aber, ob

---

28) Civil-Archiv Band 1. no. 23. pag. 369.

diese Erklärung mit dem Sprachgebrauche des Mittelalters übereinstimmt.

Damit mag es sich indessen verhalten, wie es will, in der Praxis wenigstens werden Erkenntnisse über Einreden stets als der Rechtskraft fähig betrachtet, und diese Praxis gründet sich auf die durch die Reichsgesetze gebilligte Theorie des römischen Rechts.

Die gesetzliche Disposition des cap. 12. cit. ist also aufgehoben und folglich darf sie auch nicht zur Analogie benutzt werden.

Der §. 50. des jüngsten Reichsabschiedes verordnet zwar, daß nichts Unerhebliches zum Beweise zugelassen werden soll, bezieht sich aber anscheinend nur auf anticipirte Beweise und enthält keine Bestimmung über die Wirkung eines jener Vorschrift unerachtet zugelassenen oder mittelst Interlocuts auferlegten irrelevanten Beweises. Die Controverse wird also durch dieses Gesetz nicht entschieden [29].

Nicht ohne Scharfsinn argumentirt Mevius [30], daß wenigstens dem Oberrichter bei erkannten Appellations-Processen die Befugniß zustehen müsse, ein irrelevantes, vom Unterrichter gesprochenes Beweis-Interlocut bei Seite zu setzen, weil der Rechtsstreit durch die Appellation in die Lage, in welcher er sich zur Zeit der Litiscontestation befunden habe, zurückversetzt werde; allein dieser Grund beweiset zuviel, es würde aus demselben folgen, daß es keine Zwischenurtheile mit der Kraft von Definitiv-Urtheilen geben könne, eine Annahme, die den Gesetzen widerstreitet. Jene Regel muß daher nothwendig auf die Fälle beschränkt werden, in welchen kein rechtskräftiges Interlocut in der Mitte liegt und kann also zur Entscheidung der Frage, welche Interlocute die Rechtskraft zu beschreiten fähig sind, nicht benutzt werden.

---

29) Gensler loc. cit. pag. 363.

30) Decis. pag. IV. decis 51.

Andere Juristen haben den Streit durch Distinktionen zu schlichten gesucht. So z. B. behauptet Martin[31], nur offenbar unerhebliche Beweisauflagen erlangten keine Rechtskraft, andere für den Beweisführer oder den Gegner nachtheilige Bestimmungen würden aber durch die Rechtskraft zur unabänderlichen Richtschnur.

Dieser Unterschied ist indessen weder durch die positiven Gesetze, noch durch die Natur der Sache begründet, vielmehr höchst gefährlich, weil die Entscheidung lediglich von der Willkühr oder der Individualität des Richters abhängig gemacht wird. Der Eine entdeckt die Irrelevanz des vorgeschriebenen Beweises oft auf den ersten Blick, während der Andere erst nach mühevollem Studio zu demselben Resultate gelangt. Dem Ersteren wird man Recht geben müssen, daß die Irrelevanz des Interlocuts offenbar sei, und dem Zweiten wird man ebensowenig bestreiten können, daß der Fehler im Verborgenen liege.

Sollte es die Meinung sein, den Unterschied, welcher zwischen einer sententia iniqua und nulla stattfindet, anzudeuten, so mag sich die Distinction nach römischem Rechte vertheidigen lassen, sie hat aber ihre Bedeutung verloren, seitdem in Folge des jüngsten Reichsabschiedes, auch Urtheile, welche contra legem in thesi anstoßen, der Rechtskraft fähig sind.

Andere unterscheiden zwischen Beweissatz und Beweislast und meinen, daß nur die Entscheidung über erstern nicht aber die über letztere rechtskräftig werden könne.

Allein dagegen ist zu erinnern, daß eine solche Vertheilung der Beweislast meistentheils auch die Irrelevanz des Beweissatzes herbeiführt.

Wenn z. B. dem Kläger der Beweis auferlegt wird, daß eine ihm zustehende Forderung noch nicht bezahlt sei, und dieser Beweis mißlingt ihm, so folgt daraus noch keineswegs, daß die Forderung getilgt sei, und folglich

---

31) Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerl. Processes §. 170.

muß der Beklagte, unerachtet des mißlungenen Beweises, noch zu Zahlung condemniret werden, wenn er seiner Seits die Solution nicht darzuthun vermag.

Gensler[32]) leitet die Rechtskraft der Beweisinterlocute aus einem stillschweigenden Vertrage der Partheien her, glaubt aber, daß die Regel in folgenden Fällen eine Ausnahme leide:

1) wenn der Parthei eine Thatsache zum Beweise auferlegt sei, deren Wahrheit physisch absolut unmöglich, oder die sich als schändliche oder lächerliche Bedingungen ansehen lasse, denn durch solche Bedingungen würden auch Verträge verrichtet;

2) wenn der vollständigen und richtigen Beweisauflage eine unerhebliche Thatsache beigemischt sei, denn auf das Ueberflüssige komme es nicht an; und

3) wenn die Klage oder Einrede an sich nicht begründet sei, denn dann liege die Nichtigkeit nicht im Interlocute, sondern in der Unhaltbarkeit des Gesuches.

Bei den beiden letztern Ausnahmen vermißt man die Consequenz, und die erstere fällt mit dem Hauptprincipe, dessen Unrichtigkeit eben nachzuweisen versucht ist.

Schwerlich wird sich durchführen lassen, daß dieselben Gründe, welche zur Anfechtung eines Vertrages hinreichen, auch die Nichtigkeit eines Urtheiles herbeiführen. Soll ein solches z. B. auch wegen Laesio in normis umgestoßen werden können? Dann würde nie ein Urtheil die Rechtskraft beschreiten.

Nach des Verfassers Ueberzeugung sind die Schwierigkeiten und Zweifel großentheils wenigstens dadurch entstanden, daß die Frage unrichtig gestellt worden, und eine allgemeine Antwort verlangt ist, unerachtet es in der Unmöglichkeit beruhet, eine solche zu geben.

Wir haben eben gesehen, daß nach den positiven Quellen nur entscheidende, nicht aber proceßleitende Erkenntnisse

32) loc. cit pag. 372. seqq.

die Rechtskraft beschreiten. Hiemit stimmt auch die Natur der Sache vollkommen überein, denn es ist unmöglich, ein Rechtsverhältniß als rechtskräftig festgestellt zu betrachten, bevor eine Entscheidung erfolgt ist.

Nun aber lassen sich Beweis-Interlocute, wie insonderheit Mittermaier[33]) sehr überzeugend ausgeführt hat, aus einem doppelten Gesichtspunkte, einmal als proceßleitende Decrete, und zweites als bedingte Definitiv-Sentenzen betrachten.

An sich nämlich ist der Beweis nur Mittel zum Zwecke; denn dem Richter soll durch ihn die Möglichkeit verschafft werden, ein gerechtes Urtheil abzugeben. Wenn derselbe also den Partheien kund thut, welche Thatsachen bewiesen werden müssen, damit er demnächst eine Entscheidung fällen könne, so trifft er nur die nöthigen Vorbereitungen zu derselben und leitet also den Proceß. Geht man von dieser Ansicht aus, so kann von einer Rechtskraft des Interlocuts, weil durch dasselbe noch nichts entschieden, sondern die Entscheidung vorbehalten ist, nicht die Rede sein.

Auf der anderen Seite kann man bei jedem Rechtsstreite die factische Frage von der reinen Rechtsfrage trennen, und die Entscheidung über jede verhält sich, je nachdem die eine oder die andere zuerst erfolgt, als die Entscheidung einer Präjudicialfrage.

Dieser Unterschied beruhet nicht blos auf einer theoretischen Speculation, sondern ist vielfach ins Leben getreten, z. B. bei der alten ordo judiciorum der Römer und in der neueren Zeit bei den Geschwornen-Gerichten.

Diese Trennung vorausgesetzt, läßt sich das Beweisinterlocut als die Entscheidung über die Rechtsfrage, also als bedingtes Enderkenntniß betrachten, und in dieser Beziehung ist es offenbar der Rechtskraft fähig, denn wir haben oben gesehen, daß die Gesetze Entscheidungen über

---

33) Der gemeine deutsche bürgerliche Proceß in Vergleich mit dem preuß. und französischen Civil-Verfahren rc. 2. Beitr. pag. 136 seqq.

Präjudicialfragen und bedingte Erkenntnisse diese Eigenschaft beilegen [34]).

Es bleibt demnach nur die Frage übrig, welcher der beiden angedeuteten Gesichtspunkte der richtigere sei? Da die Gesetze darüber keine Bestimmung enthalten, und die Natur der Sache beide Ansichten duldet, so muß in jedem einzelnen Falle berücksichtiget werden, wie der Richter sich ausgesprochen hat.

Hat derselbe bei Abgabe des Interlocuts bestimmt, welche Wirkung der Beweis habe, und wie er sowohl im Falle der Erbringung desselben, als des Mißlingens erkennen werde, so ist offenbar, daß er bereits über die Rechtsfrage entschieden hat; fehlt es aber an einer solchen Bestimmung, und hat der Richter nur die übliche Formel, es solle demnächst ergehen, was Rechtens, gebraucht, so darf man nicht annehmen, daß bereits eine Entscheidung erfolgt sei, sondern dieselbe ist als vorbehalten zu betrachten. Rechtskraft tritt also nur im ersteren Falle ein, nicht aber im zweiten.

Dagegen möchte sich einwenden lassen, daß auf diese Weise zu großes Gewicht auf eine oft nur zufällige und jedenfalls unbedeutende Verschiedenheit der gebrauchten Worte gelegt werde, und daß es sich immer von selbst verstehe, daß der Richter von den zum Beweise verstellten Thatsachen, den Sieg oder Verlust des Processes abhängig machen wolle.

Wie läßt sich z. B. in dem Falle, wenn der Richter dem Kläger, der ex mutuo klagt, den Beweis des Darlehns auferlegt, vernünftiger Weise behaupten, daß es einen Unterschied mache, ob er hinzufügt, er wolle den Beklagten, wenn der Beweis erbracht sei, zur Zahlung verurtheilen, oder nicht.

Ganz richtig ist es, daß in dem gegebenen Falle,

34) l. 39. D. de minoribus. — l. 1. §. 5. D. quando appellandum.

und in allen Fällen, wo das Interlocut den Beweissatz so vollständig und richtig festsetzt, daß sich die demnächstige Entscheidung von selbst ergiebt, auf die Form nichts ankommen kann, aber dann ist es auch gleichgültig ob man dasselbe als rechtskräftig betrachten will oder nicht, denn das Resultat bleibt immer gleich, der Sieg oder der Verlust des Processes ist von der juristischen Ueberzeugung des Richters über die zum Beweise verstellten Thatsachen abhängig.

Anders verhält es sich aber, wenn das Beweis-Interlocut mangelhaft ist.

Denken wir den Fall, daß der Richter dem Kläger, der wegen einer ihm vom Beklagten zugefügten Injurie eine namhafte bedeutende Summe forderte, den Beweis der erlittenen Beleidigung auferlegt hat. Ein jeder wird einsehen, daß es einen großen Unterschied macht, ob in dem Interlocute bestimmt ist, der Beklagte solle, wenn der Beweis geführt werde, zur Zahlung der geforderten Summe verurtheilt werden, oder ob nur gesagt ist, es solle demnächst ergehen, was Rechtens. Im ersteren Falle ist bereits über die Satisfactions-Summe entschieden, im letzteren deren Ermäßigung vorbehalten. Oder zum Beispiel, ein Kaufmann klagt aus einem Contocourant, der Beklagte läugnet die Forderung, beruft sich auf eine General-Abrechnung, zufolge welcher der Kläger anerkannt, daß er aus der Zeit, auf welche der Contocourant sich bezieht, nichts mehr zu fordern habe und der Richter interloquirt lediglich auf den Beweis der Einrede. Ist es nicht viel natürlicher anzunehmen, daß derselbe, wenn er sich über die Folgen des auferlegten Beweises nicht bestimmt ausgesprochen hat, nur um deswillen die Einrede zuerst zum Beweise verstellt habe, weil er geglaubt, auf diese Weise den Rechtsstreit am schnellsten zu beendigen, und daß er sich auf den Fall des Mißlingens des Beweises das Erkenntniß über den Klaggrund vorbehalten habe, als vorauszusetzen, daß er diesen unerachtet des bestimm-

ten Läugnens des Beklagten, als eingestanden und keines Beweises bedürftig betrachtet habe? Oder eine Geschwächte klagt gegen den Vater ihres unehelichen Kindes auf Alimentation desselben und Dotation, der Beklagte opponirt die Einrede der plurium constupratorum, der Richter verstellt die Einrede zum Beweise und verspricht demnächst ein den Rechten gemäßes Erkenntniß. Wie kann man behaupten, daß derselbe unerachtet dieses Versprechens durch das Interlocut gezwungen sei, die Klägerin nach geführtem Beweise auch mit der Alimentenforderung abzuweisen, also zu erkennen, was nicht Rechtens ist? Oder wenn der Richter beim ersten Erkenntnisse über mehrere cumulirte Klagen, von denen jede auf einem ganz verschiedenen facto beruhet, nur eine solche Thatsache zum Beweise verstellt, so wird niemand behaupten wollen, daß wenn es nicht ausdrücklich gesagt ist, vom Beweise dieser einen Thatsache auch die Entscheidung in Betreff der übrigen Klagen abhängig gemacht sei, vielmehr muß dieselbe einer vernünftigen Interpretation zufolge als ausgesetzt betrachtet werden.

Wenn ein Beweis-Interlocut nicht bloß unvollständig, sondern durchaus irrelevant ist, so ist zwar gewiß, daß der Richter irgend einen Zweck damit hat verbinden und Folgen an dem Beweis knüpfen wollen; unmöglich aber läßt sich beim Mangel einer ausdrücklichen Erklärung ermitteln, worin diese Folgen haben bestehen und ob namentlich der Ausgang des ganzen Processes oder nur eine Nebenbestimmung von dem Beweise hat abhängig gemacht werden sollen. Eine Vergleichung der Acten kann zwar zu Muthmaßungen Anlaß geben, niemals aber einen völlig gewissen Aufschluß gewähren, weil ein irrelevantes Interlocut mit demselben in keinem richtigen Zusammenhange steht. Folglich ist ein solches irrelevantes und unbestimmt gefaßtes Interlocut niemals fähig, die Rechtskraft zu beschreiten.

Diese Ansicht wird besonders durch die von den Rechts-

lehrern [35]) und durch viele Beispiele [36]) in den Gesetzen bestätigte Regel, daß Urtheile streng interpretirt werden müssen, unterstützt.

Auch liefert der Ausspruch Diokletians in der l. C. de sent. (7., 45.) cum judex in definitiva sententia jusjurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, hujusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est; — eine sehr treffende Analogie; denn ein Decret, worin ein Eid festgesetzt wird, ist in der That einem Beweis-Interlocute völlig gleich zu achten, mit dem einzigen, hier nicht wesentlichen, Unterschiede, daß in ersterem Falle nur ein Beweismittel zuläßig ist, während im letzteren Falle eine solche Beschränkung nicht Statt findet.

Der etwaige Einwand, daß der römische Proceß von dem heutigen durchaus verschieden sei, und daher ein römisches Gesetz nichts beweisen könne, wiederlegt sich durch die Bemerkung, daß schon die Kammergerichtsordnung von 1495. sich im §. 24. expresse auf die Kaiserlichen Rechte beruft, die Kammergerichts-Ordnung von 1507. häufig das römische Recht citirt und daß die Theorie von den Interlocuten in den Reichsgesetzen hauptsächlich aus dem römischen Rechte entlehnt ist.

Endlich ist der Einfluß der Verschiedenheit der Wortfassung der Interlocute auf deren rechtliche Bedeutung weder der Doctrin noch der Praxis völlig fremd.

Hefter schreibt in seinem Systeme des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts §. 398.:

---

35) Martin cit. loc. §. 110. — Claproth Einleitung in den ordentlichen Proceß II. §. 206 und 349. — Leyser spec. 243. nota 6. — Mevius III. dec. 308., VII. dec. 4: No. 9. 10., dec. 60. No. 11.

36) l. 10. D. de his. qui sui vel alieni (1., 6.) — l. 5. §. 9. D. de agnoscend. vel alend. (25., 3.) — l. 38. §. 1. l. 43. D. de re judicata (42., 1.) — l. 1. und 2. C. si plures una sent. (7. 55.)

„Wahr ist es, daß der Richter, indem er auf den Beweis einer Thatsache erkennt, dabei durch die Ansicht geleitet wird, daß davon die Entscheidung des Rechtshandels abhängig sei. Allein dies bleibt immer nur Ansicht, die den künftigen Urtheilsverfasser ohne ausdrückliche Erklärung nicht binden kann. Die Rechtskraft des Interlocuts hat nur die Richtung des Beweisverfahrens zum Gegenstande; es entscheidet rechtsverbindlich über die Beweislast, so wie über die Beweisfrist (?), und kann in dieser Hinsicht nicht aufgehoben oder geändert werden, allein den eigentlichen Standpunkt oder das quod in judicium deductum ändert es keinesweges. Bei dem Definitivurtheile liegt dem Richter nicht weniger die Frage vor, ob die Klage begründet oder elidirt sei, und die Ansicht, die das Interlocut bestimmte, kann das endliche Schicksal der Sache nicht entscheiden. Wenn also die Klage von den Urtheilsverfassern an und für sich als unstatthaft erkannt wird, so kann sie auch jetzt, ungeachtet des geführten Beweises, abgewiesen werden."

Der Verfasser erinnert sich einiger Fälle, in welchen diese Theorie zur Anwendung gekommen ist und erlaubt sich zum Belege folgendes Beispiel mitzutheilen:

Im Jahre 1816 klagte B. A. zu B. im Königreiche Hannover wider seinen Schwiegervater, den Vollmeier E. daselbst auf Herausgabe der von demselben cultivirten Vollmeierstelle unter dem Vorwande, daß der Hof von der Mutter seiner Ehefrau herrühre, und letztere bereits volljährig sei. — Nachdem der Beklagte in contumaciam mit seiner Vernehmlassung präcludirt war, gab das Amt dem Kläger auf, das seiner Klage zum Grunde gelegte Sachverhältniß dahin zu erweisen:

1) daß die vom Beklagten besessene Colonie vom Großvater der Ehefrau des Beklagten auf deren Mutter meierrechtlich vererbet sei;

2) daß diese verstorben sei, und außer des Klägers Ehefrau keine Kinder hinterlassen habe, und

3) daß letztere bereits volljährig sei.

Beklagter appellirte gegen diesen Bescheid an die Justiz-Canzlei, beschwerte sich, daß lis pro negative contestata angenommen und dem Kläger der vorgeschriebene Beweis nachgelassen sei, und führte zur Rechtfertigung aus, daß nach den Principien des Meierrechts des Klägers Ehefrau bei seinen Lebzeiten kein Recht auf die Colonie habe, daß also die Klage zu früh angestellt und der Beweis irrelevant sei. — Die Appellation aber wurde mit folgendem Bescheide verworfen:

„Demnach bei völlig unterbliebener litis contestation mit Recht lis pro negative contestata angenommen worden, und demgemäß der Beweis dem Appellaten auferlegt, übrigens aber dem Appellanten in Ansehung der Folgen des beizubringenden Beweises noch nichts aberkannt ist, und die erhobene Klage keineswegs ein bloß künftig erwachsendes Recht, sondern ein schon jetzt vorhandenes Interesse der Ehefrau des Appellaten bezielt, so steht der eingewandten unerheblichen Appellation nicht zu deferiren."

Nachdem sodann das Beweis-Verfahren beim Unterrichter geschlossen war, erkannte derselbe: daß Kläger zwar diejenigen Thatsachen, deren Beweis ihm im Interlocute auferlegt worden, genügend dargethan habe, nichts destoweniger aber, weil der Ehefrau desselben bei Lebzeiten ihres Vaters kein Recht an dessen Meierstelle zustehe, mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe zu verweisen sei. — Kläger appellirte an die Justiz-Canzlei und berief sich auf die Rechtskraft des Interlocuts, wurde aber am 8. März 1822 wegen nicht elidirter Entscheidungsgründe des decisi a quo abschläglich beschieden. — Eine von demselben darauf an das Königl. Ober-App.-Gericht zu Celle gebrachte Appellation hatte keinen günstigen Erfolg. Der von ihm am 1. October 1822. extrahirte Bescheid lautet wörtlich:

„Nachdemmalen die auf Abtretung der imploratischen Stelle vom Imploranten erhobene Klage sich nach meierrechtlichen Verhältnissen als unstatthaft darstellt, aus der Rechtskraft des irrelevanten Beweisinterlocuts aber um so weniger dem Imploranten ein unbedingtes Recht erwachsen ist, da eine bedingte Verurtheilung darin keinesweges ausgesprochen, vielmehr in dem auf dessen Appellation erlassenen rejectorio die Folgen des Beweissatzes in suspenso gelassen sind, so steht dem Suchen nicht zu deferiren." —

In neueren Zeiten hat man oft die Frage aufgeworfen, ob es zweckmäßig sei, Beweisinterlocute als bedingte der Rechtskraft fähige Endurtheile bestehen zu lassen, oder ob für eine künftige Gesetzgebung empfohlen zu werden verdiene, ihnen diese Kraft zu nehmen, und sie in die Classe bloß proceßleitender Decrete zurückzusetzen? Gewiß ist ein baldiges Einschreiten der Legislation zu wünschen, denn beim Schwanken der Praxis zwischen beiden Systemen, werden die Vorzüge keines derselben erreicht, ihre Nachtheile aber finden sich vereiniget.

Um die aufgeworfene Frage zu beantworten, ist zu untersuchen:

1. welches der beiden Systeme gewährt die größte Sicherheit, daß der Streit unter den Partheien den Rechten gemäß entschieden werde? und
2. auf welche Weise wird der Proceß am schnellsten und mit dem wenigsten Kosten-Aufwande beendigt?

ad 1. Der Gesetzgeber muß, will er seines Zweckes nicht verfehlen, nothwendig auf die Unvollkommenheit der Menschen, und insonderheit derjenigen, welche die Gesetze handhaben sollen, Rücksicht nehmen. Selbst gewissenhafte Richter sind, wie die Erfahrung lehrt, dem Irrthume häufig unterworfen. Deshalb ist es von großer Wichtigkeit, das schwere Geschäft des Rechtsprechens möglichst zu erleichtern, denn je leichter und weniger verwickelt die Auf-

gabe ist, welche dem Richter gegeben wird, desto mehr Wahrscheinlichkeit gewinnt es, daß er sie befriedigend lösen wird.

Nun aber läßt es sich nicht verkennen, daß es weit schwerer ist, ein Beweisinterlocut zu sprechen als eine endliche Entscheidung abzugeben. Die Partheien behaupten in der Regel viel mehr, als sie beweisen können, und folglich sind die Verhältnisse, welche bei der Abgabe des ersteren berücksichtiget werden müssen, in den meisten Fällen weit verwickelter und schwerer zu übersehen, als die, welche bei der letzteren in Betracht kommen. Dem tritt hinzu, daß selbst, wenn es dem Richter gelungen ist, die Verhältnisse richtig zu beurtheilen, die Fassung des Interlocuts und die Wahl passender, keine Zweideutigkeit übriglassender Ausdrücke große Schwierigkeit darbietet, während bei der Definitive gewöhnlich die einfache Formel, der Kläger wird abgewiesen, oder der Beklagte pro petitio libelli verurtheilt, vollkommen hinreicht.

Die Erfahrung bestätigt nur zu sehr, daß häufig durch fehlerhafte Beweisinterlocute der Proceß in eine üble Lage kömmt und eine unrichtige Entscheidung desselben veranlaßt wird. Sehr irrig würde es indessen sein, wenn man deshalb den Richter der Verbindlichkeit überheben wollte, den Partheien kund zu thun, welche Thatsachen nach seiner Ansicht noch eines Beweises bedürfen, denn bei diesen darf man weniger voraussetzen, wie bei jenem, daß sie Rechtskenntnisse genug besitzen, um richtig zu beurtheilen, worauf es ankömmt Ohne ein Beweisinterlocut würde das Verfahren ohne Grenzen sein, und daher häufig zu keinem Resultate führen. Dagegen folgt aus obigen Prämissen, daß es sehr gefährlich ist, den Interlocuten entscheidende Kraft beizulegen und dem Richter die Befugniß zu nehmen, die in dieselben eingeschlichenen Irrthümer bei Abgabe der Definitive zu verbessern.

Man wende nicht ein, daß die Appellation das geeignete Mittel sei, um die Verbesserung eines irrigen In-

terlocuts zu erwirken und die drohende Gefahr abzuwenden, denn die Gründe, welche veranlassen, daß häufiger bei den Interlocuten als bei Endurtheilen gefehlt wird, treten in allen Instanzen ein.

Dem kömmt hinzu, daß die Thätigkeit des Oberrichters durch die Beschwerdeführung der Partheien gebunden ist, und daß diese, so geneigt sie oder ihre Sachführer auch sein mögen, bei jeder Gelegenheit zu appelliren, doch oft bei Interlocuten den rechten Gesichtspunkt verfehlen.

Bei Endurtheilen weiß jeder, worin sie ihm zur Beschwerde gereichen, nicht aber bei den Interlocuten, denn bei diesen müssen die Folgen im Voraus erwogen werden, und dazu fehlt es vielen an den nöthigen Einsichten. Diesen Mangel an Einsichten mit dem Verluste des Rechts zu strafen ist gewiß sehr hart, zumal da die Partheien sich ganz auf ihre Sachführer verlassen müssen.

ad 2. Daß der Proceß durch Appellationen von Zwischenurtheilen sehr in die Länge gezogen und kostspielig gemacht wird, ist augenscheinlich. Eben so wenig aber läßt sich bestreiten, daß ein überflüssiges Beweisverfahren ein Uebel ist. Es kömmt also nur darauf an, zwischen zwei Uebeln das kleinste zu wählen.

Die Erfahrung bestätigt, daß das Rechtsmittel der Appellation häufig gemißbraucht wird.

So z. B. ergeben die Designationen des Ober-App.-Gerichts in Celle [37]), daß die Appellationen, welche von diesem höchsten Gerichte verworfen werden, sich zu denen, wodurch eine Abänderung erwirkt wird, ungefähr wie drei zu eins verhalten. —

Folglich werden eine große Zahl von Processen durch

---

37) Unter den, in den 10 Jahren von 1833—1842 auf eingebrachte Appellationen nach Einsicht der Acten der vorigen Instanzen abgegebenen, 5297 Bescheiden finden sich 1014 völlig reformirende und 691 theils rejicirende, theils reformirende Erkenntnisse. Die übrigen 3592 Bescheide sind völlig abweichend.

unerhebliche Berufungen gegen Interlocute ganz unnützer Weise in die Länge gezogen und dem kommt hinzu, daß selbst, wenn die Partheien keine Rechtsmittel verfolgen wollen, solche doch fast in allen Fällen von den Anwälden vorsorglich eingelegt zu werden pflegen, und schon hiedurch unvermeidlich ein großer Aufenthalt in dem weiteren Verfahren entsteht.

Gesetzt aber, das Interlocut ist wirklich fehlerhaft, so sind wieder mehrere Fälle zu distinguiren.

1) Der Fehler liegt nur in einem unrichtig gewählten Ausdrucke. Hier ist eine Appellation, wenn man von der Idee der Rechtskraft des Interlocuts abstrahirt, unnöthig, weil sowohl die Partheien als der Richter während des Beweis-Verfahrens durch die Fassung der Artikel und eine zweckmäßige Befragung der Zeugen Gelegenheit genug haben, den Fehler zu verbessern.

2) Das Interlocut ist zu eng gefaßt, also zu wenig zum Beweise verstellt.

In allen Fällen, wo das Wenigere nicht erwiesen werden kann, ist die Appellation offenbar überflüssig, weil es auf das Mehrere nicht ankommt. Gesetzt aber auch diese Voraussetzung tritt nicht ein, so werden doch Richter und Partheien während des Beweis-Verfahrens häufig Gelegenheit haben, auch über die in dem Interlocute nicht erwähnten Thatsachen die nöthige Aufklärung herbeizuführen.

3) Das Interlocut ist zu ausgedehnt. Hier steht das Mittel der Appellation in keinem richtigen Verhältnisse mit dem Uebel, welchem abgeholfen werden soll, denn die Nachtheile der ersteren sind größer, als die der letzteren. In der Regel wenigstens entsteht kein großer Schaden, wenn den Zeugen ein paar Fragen mehr, als nöthig, vorgelegt werden, während durch eine Appellation der Proceß leicht Jahre lang verschleppt werden kann.

4) Den Partheien ist ein überflüssiger Beweis auferlegt, während die Sache schon zu einer endlichen Entscheidung reif ist. In diesem Falle hängt die Zweckmäßigkeit

der Appellation davon ab, ob sie schneller und mit weniger Kosten beendigt werden kann, als das überflüssige Beweisverfahren.

5) Den Partheien ist anstatt des erforderlichen Beweises ein irrelevanter auferlegt.

Hier läßt es sich nicht verkennen, daß die Appellation ein zweckmäßiges Mittel ist, um dem Uebel abzuhelfen. Von diesem gewiß seltensten Falle aber die Regel abzutreten, würde nur dann zulässig sein, wenn sich erweisen ließe, daß die Nachtheile, welche mit einem überflüssigen Beweisverfahren verknüpft sind, bei weiten die Nachtheile überwiegen, welche in anderen häufigeren Fällen durch überflüssige Appellationen entstehen. Dieses wird aber schwerlich dargethan werden können. Das Beweisverfahren läßt sich, wenn es auf das Wesentliche beschränkt wird, und die Gesetze alle unnützen Formalitäten abschneiden, in den meisten Fällen sehr gut in einem einzigen aber wenigen Terminen beendigen, während die Appellation, wenn sie durch alle Instanzen durchgeführt wird, selbst in den günstigsten Fällen leicht die Zeit eines Jahrs raubt, und die Erfahrung lehrt, daß diese Frist selten hinreicht. Die Processe werden also, so scheint es, wenn den Interlocuten die entscheidende Kraft genommen wird und Appellationen gegen sie nicht zugelassen werden, ihren Zweck sicherer, und in den meisten Fällen schneller erreichen, als bei Befolgung des entgegengesetzen Systems.

Die sichersten Resultate giebt aber die Erfahrung. Es ist daher sehr zu wünschen, daß die Ergebnisse derselben in den Ländern, in welchen neuere Gesetze die Rechtskraft der Beweis-Interlocute aufgehoben haben, gesammelt und mit denen der früheren Gesetzgebung oder Praxis verglichen werden. —
